



VU Research Portal

Case note: Hoge Raad (Ontneming: buitenlandse valuta en rente)

Borgers, M.J.

2011

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J., (2011). *Case note: Hoge Raad (Ontneming: buitenlandse valuta en rente)*, No. 101, Jul 13, 2010. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2011).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

M.J. Borgers

1. In de ontnemingsprocedure neemt de rechter twee beslissingen. Allereerst wordt de omvang van het wederrechtelijk verkregen voordeel geschat. Vervolgens wordt de hoogte van de betalingsverplichting vastgesteld. Beide beslissingen moeten, zo luidt in de kern het oordeel van de Hoge Raad in de hierboven afgedrukte zaak, worden uitgedrukt in een concreet bedrag in euro's. Het is niet toegestaan de omvang van het voordeel of de hoogte van de betalingsverplichting in buitenlandse valuta vast te stellen, ook niet – voor wat betreft de betalingsverplichting – indien dat geschiedt door te bepalen dat de tegenwaarde van die valuta in euro's moet worden voldaan. Deze heldere beslissing wordt door de Hoge Raad voorzien van enkele praktische argumenten (duidelijk moet worden of de rechter bij de vaststelling van de betalingsverplichting gebruik heeft gemaakt van de matigingsbevoegdheid; in de executiefase moet geen misverstand ontstaan met betrekking tot het bedrag dat moet worden voldaan). Technisch-juridische argumenten worden eigenlijk niet genoemd. In het licht van de uitvoerige conclusie van A-G Hofstee hoeft dat geen verbazing te wekken. Uit zijn uiteenzetting blijkt dat de wet, de wetsgeschiedenis en de wetssystematiek op dit punt vrijwel geen houvast bieden. Wat dat betreft is het een goede zaak dat de Hoge Raad duidelijkheid verschaft.

2. Tegelijkertijd zou wel discussie kunnen ontstaan hoe in het kader van de schatting van het voordeel en – in het verlengde daarvan – de vaststelling van de betalingsverplichting de omrekening van buitenlandse valuta naar euro's moet plaatsvinden. Een eenvoudig voorbeeld: de betrokkene houdt aan een drugstransactie – na aftrek van kosten – een contant bedrag van 50.000 Thais baht over. Deze casus kan zich daarbij in verschillende varianten voordoen. In het eerste geval wordt het niet duidelijk wat er nadien met het verkregen bedrag is gebeurd. In het tweede geval wordt het bedrag direct na de transactie – overeenkomstig de alsdan geldende wisselkoers – bij de bank omgewisseld voor een bedrag van 1175 euro. In het derde geval wordt het bedrag pas na enkele weken omgewisseld, nadat de Thaise baht sterk in waarde is gestegen waardoor de tegenwaarde 1400 euro bedraagt. In het vierde geval wordt het bedrag eveneens na enkele weken omgewisseld. Vanwege een koersval van de Thaise baht is de tegenwaarde dan nog maar 900 euro. Hoe dient in al deze situaties het bedrag van het voordeel te worden vastgesteld?

Voor de beantwoording van deze vraag kan aansluiting worden gezocht bij de rechtspraak over de wijze waarop – in het kader van de schatting van het voordeel – de waarde van gestolen voorwerpen wordt bepaald. In dat verband stelt de Hoge Raad voorop dat 'bij de bepaling van het voordeel dient te worden uitgegaan van het voordeel dat de veroordeelde in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk heeft behaald' (zie HR 1 juli 1997, *NJ* 1998, 242 m.nt. JR). Daarbij geldt dat de verkrijging van het voordeel geschiedt op het moment van de voltooiing van het delict waaruit dat voordeel voortkomt (HR 30 november 2004, *NJ* 2005, 133).

In het gegeven voorbeeld moet dus worden gekeken naar het concrete bedrag zoals dat op het moment van de voltooiing van het delict – de verkoop van de drugs – voorhanden is, te weten 50.000 baht. Gelet op het feit dat het om een valutasoort gaat die zich in principe zonder problemen laat omwisselen bij de bank, ligt het in alle geschetste varianten voor de hand de hoogte van het

(primair verkregen) voordeel te bepalen aan de hand van de officiële wisselkoers op datzelfde moment, in het voorbeeld 1175 euro. (Wanneer het verkregen bedrag zo hoog is dat, mede in het licht van de regelgeving ter zake van ongebruikelijke transacties, het omwisselen daarvan complicaties met zich brengt en bijvoorbeeld toevlucht zou worden genomen naar informele financiële dienstverleners, zou mogelijk een andere benadering kunnen worden gekozen. Deze variant laat ik verder onbesproken.)

In het geschetste derde geval kan worden gesproken van vervolgprofijt. Het primair verkregen voordeel dat een waarde van 1175 euro heeft, is hier 225 euro in waarde toegenomen ten gevolge van de koersstijging. Die 225 euro kan worden gezien als voordeel 'uit de baten van' het strafbare feit (vgl. artikel 36e lid 2 Sr). Ook in het vierde geval bedraagt het primair verkregen voordeel 1175 euro. Dat de betrokkene een deel hiervan verliest door de koersdaling, is voor wat betreft de schatting van het voordeel niet relevant. Enigszins kort door de bocht geformuleerd: in de ogen van de wetgever – en overigens ook de Hoge Raad – kan het voordeel wel méér worden, maar niet minder (vgl. nader *De ontnemingsmaatregel*, Den Haag: BJu 2001, p. 258-260). Dat laat evenwel de bevoegdheid van de rechter onverlet om het bedrag van de betalingsverplichting te matigen. Het is verdedigbaar – al lopen in de ontnemingspraktijk op dit punt de meningen uiteen – dat de rechter in een dergelijke situatie gebruik maakt van die matigingsbevoegdheid, op grond van de overweging dat de betrokkene het voordeel maar voor 900 euro vrijelijk heeft kunnen besteden (vgl. nader Borgers & Simmelink, *DD* 2005, p. 342-343).

3. Ook los van de situatie dat bij de voordeelsverkrijging buitenlandse valuta betrokken zijn, hanteert de Hoge Raad de regel dat de schatting van het voordeel en de vaststelling van de betalingsverplichting concrete bedragen moeten behelzen. Het eerst in de executiefase bepalen van het bedrag van de betalingsverplichting, is alleen aan de orde – zo overweegt de Hoge Raad – indien de rechter toepassing geeft aan de bevoegdheid die de derde volzin van artikel 36e lid 4 Sr biedt om te verwijzen 'naar de bij openbare verkoop te behalen opbrengst, indien verhaal moet worden genomen'. De Hoge Raad lijkt hier een uitzondering te formuleren, maar bij nadere beschouwing blijkt daarvan geen sprake. Met betrekking tot de bevoegdheid van de derde volzin van artikel 36e lid 2 Sr geldt namelijk dat de rechter nimmer kan volstaan met uitsluitend het verwijzen naar de executiewaarde, omdat verhaal eerst aan de orde is indien de opgelegde ontnemingsmaatregel niet vrijwillig wordt voldaan. Dat betekent dat, indien de rechter gebruik maakt van de bevoegdheid om te verwijzen naar de executiewaarde, hij tevens de waarde van het voorwerp zal moeten schatten (zie nader *De ontnemingsmaatregel*, Den Haag: BJu 2001, p. 221-222). Anders dan A-G Hofstee in onderdeel 29 van zijn conclusie aanneemt en de Hoge Raad in zekere zin suggereert, ontkomt de rechter er dus niet aan dat hij een concreet bedrag zal moeten noemen. En dat bedrag zal dan, zo volgt uit de hierboven afgedrukte uitspraak, dienen te worden uitgedrukt in euro's.

4. In het hierboven afgedrukte arrest komt voorts de vraag aan de orde in hoeverre het mogelijk is om bij de schatting van het voordeel acht te slaan op de rentevergoeding over in beslag genomen geldbedragen. Alvorens bij de overwegingen van de Hoge Raad hieromtrent stil te staan, is het nuttig kort de context van deze rentevergoeding te schetsen.

Sinds 1998 vergoedt de Staat rente over in beslag genomen gelden, waaronder ook de opbrengsten van in beslag genomen voorwerpen die zijn vervreemd (artikel 117 Sv) en bedragen die zijn gemoeid met zekerheidsstellingen (artikel 118a Sv). Het daarvoor geldende rentepercentage is gelijk aan de fiscale heffingsrente. Deze regeling is neergelegd in paragraaf 4.4.2 van de Aanwijzing

ontneming. De achterliggende gedachte is – zo neem ik althans aan, want een toelichting op dit punt ontbreekt – dat ten gevolge van de inbeslagneming de Staat tijdelijk over gelden komt te beschikken, hetgeen vanuit het oogpunt van de overheidsfinanciën gunstig is, terwijl de beslagene juist vanwege het beslag de mogelijkheid ontbeert om de desbetreffende gelden zelf op een rentedragende rekening te plaatsen (of om daar anderszins profijt van te trekken). Indien een last tot teruggave van het in beslag genomen geld wordt gegeven, wordt tevens de tot op dat moment opgebouwde rente vergoed (zie reeds HR 22 april 1986, *NJ* 1986, 783 m.nt. ThWvV). Wanneer een ontnemingsmaatregel onherroepelijk wordt opgelegd en de betrokkene niet vrijwillig voldoet aan de betalingsverplichting, fungeert niet alleen het oorspronkelijk in beslag genomen geldbedrag maar ook de opgebouwde rente als verhaalsobject. (Dat rentevergoeding niet aan de orde zou zijn indien geen last tot teruggave wordt gegeven, zoals A-G Hofstee suggereert onder verwijzing naar HR 12 november 2002, *L/N* ZE0001, is overigens niet juist. De betrokkene maakt, zo blijkt uit de Aanwijzing ontneming, ook aanspraak op deze vergoeding indien het komt tot incasso van de ontnemingsmaatregel. Dat omvat de situatie dat geen last tot teruggave wordt gegeven, omdat op de voet van artikel 574 Sv verhaal wordt genomen op in beslag genomen gelden.)

5. Indien het bedrag dat in beslag is genomen (dan wel het in beslag genomen voorwerp dat wordt vervreemd, of het bedrag dat is aangewend voor de zekerheidstelling), de belichaming is van het door de betrokkene wederrechtelijk verkregen voordeel, kan de opgebouwde rente worden beschouwd als vervolgprofijt. Dit vervolgprofijt kan, zo bevestigt de Hoge Raad thans in overweging 4.2.3, als voordeel ‘uit de baten van’ het strafbare feit worden ontnomen. Dat is ook alleszins redelijk. Zou men in dit geval de rente niet als vervolgprofijt aanmerken, dan zou de betrokkene weliswaar het door hem primair verkregen voordeel kwijtraken ten gevolge van de oplegging van de ontnemingsmaatregel, maar zou hij tegelijkertijd wel aanspraak kunnen maken op de vergoeding van rente over het geldbedrag waar hij eigenlijk nooit over had mogen beschikken. De Aanwijzing ontneming schrijft dan ook terecht voor dat in deze situatie de ontneming van de opgebouwde rente wordt gevorderd.

Een complicatie treedt nu op waar het gaat om de vaststelling van het bedrag van het vervolgprofijt in de vorm van de opgebouwde rente. Die renteopbouw loopt immers door tot de dag waarop de ontnemingsmaatregel – al dan niet vrijwillig – wordt voldaan, dus de dag van incasso. Op het moment dat de ontnemingsmaatregel wordt opgelegd, staat niet vast wat de dag van incasso zal zijn. Om die reden bevat de Aanwijzing ontneming een standaardformulering voor de vordering van het openbaar ministerie, die erop neerkomt dat de ontneming wordt gevorderd van het bedrag van de gegenereerde rente over conservatoir in beslag genomen geldmiddelen vanaf de datum inbeslagneming tot aan de dag der algehele voldoening. Deze constructie is overgenomen uit het civiele recht, waarin – overigens zonder dat daarvoor een uitdrukkelijke wettelijke grondslag bestaat – op eenzelfde wijze wettelijke rente wordt gevorderd en toegewezen.

6. In de hierboven afgedrukte zaak heeft het gerechtshof in een iets andere, maar wel vergelijkbare vorm de rente over de in beslag genomen gelden begrepen in de betalingsverplichting. Het is zeer opmerkelijk dat in cassatie niet alleen de betrokkene, maar juist ook het openbaar ministerie zich tegen deze beslissing van het gerechtshof keert. De steller van de cassatieschriftuur van het openbaar ministerie voert daartoe als bezwaar aan dat aldus in de executiefase het openbaar ministerie – in de praktijk: het CJIB – de hoogte van het vervolgprofijt en (het daarmee corresponderende deel van) de betalingsverplichting moet vaststellen. Maar dat is nu juist hetgeen de Aanwijzing ontneming

beoogt te bewerkstelligen, met het oogmerk om het volledige bedrag van de opgebouwde rente – niet méér, maar ook niet minder – te kunnen ontnemen. Waarom het openbaar ministerie in deze cassatieprocedure het eigen beleid afvalt, wordt geenszins duidelijk.

Wat er verder ook zij van de inconsistente opstelling van het openbaar ministerie, de Hoge Raad gaat wel mee met de toelichting op het middel en hanteert wederom de regel dat de betalingsverplichting, ook voor wat betreft de rentecomponent, een concreet bedrag moet behelzen. Het gaat dan om het bedrag ‘vanaf de beslaglegging tot aan de datum van de uitspraak’ (overweging 4.2.3.). Dat bedrag laat zich immers fixeren in een concreet bedrag in euro’s. Aldus is duidelijk dat de door de Aanwijzing ontneming beoogde en door het gerechtshof gebezigde constructie van de Hoge Raad niet mag worden toegepast.

Mede gelet op hetgeen de Hoge Raad in overweging 4.1.2 naar voren brengt omtrent de noodzaak dat in de executoriale fase geen misverstand bestaat over de hoogte van het te betalen bedrag, lijkt de Hoge Raad zich gevoelig te tonen voor hetgeen de steller van het cassatiemiddel van het openbaar ministerie naar voren brengt. Tegelijkertijd kan men de vraag stellen of er specifiek met betrekking tot de berekening van een rentebedrag nu zo’n groot probleem ligt. De enige relevante variabelen hiervoor zijn immers de hoogte van het in beslag genomen bedrag (dan wel de vreemdingsopbrengst of het bedrag van zekerheidstelling), de datum van inbeslagneming, het percentage van de fiscale heffingsrente en de datum van inning of verhaal. De eerste twee variabelen zouden reeds door de rechter in de uitspraak kunnen vastgesteld, terwijl de hoogte van de heffingsrente van overheidswege is bepaald (en dus geen onderwerp van discussie kan zijn). In de civielrechtelijke praktijk verloopt de berekening van de wettelijke rente, ook voor zover die is verschuldigd na de datum van de uitspraak, vrijwel altijd zonder discussie, mede dankzij daarvoor bestemde computerapplicaties.

Daar komt bij dat met enige juridische creativiteit de berekening van het exacte bedrag aan rente zelfs achterwege kan worden gelaten. Dat is mogelijk wanneer wordt overgaan tot verrekening van het door de Staat te vergoeden bedrag aan rente met dat deel van de betalingsverplichting dat ziet op het vervolgprofijt in de vorm van diezelfde rentevergoeding. Deze bedragen zijn immers per definitie gelijk, zodat deze tegen elkaar kunnen worden weggestreept. Aldus ziet de inning, en zo nodig het verhaal, van de ontnemingsmaatregel alleen op het resterende gedeelte van de betalingsverplichting. (Vgl. over verrekening in verband met het verhaal van vermogenssancties – zij het in een iets andere context dan hier besproken – ook Melai/Groenhuijsen e.a. (red.), *Het Wetboek van Strafvordering*, aantekening 4.9 op artikel 574.)

7. Dat het – alleszins redelijke – streven van de Aanwijzing ontneming om een betrokkene geen baat te laten hebben bij de rentevergoeding in de situatie waarin die rente als vervolgprofijt heeft te gelden, nu wordt doorkruist door het – mede door het openbaar ministerie zelf uitgelokte – oordeel van de Hoge Raad, is naar mijn mening onbevredigend. Zeker indien men zich realiseert dat er nogal wat tijd kan verstrijken tussen de datum van de uitspraak waarin de ontnemingsmaatregel wordt opgelegd, en de datum waarop de incasso plaatsvindt. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin tegen het arrest van het gerechtshof cassatie wordt ingesteld, waarna de cassatieprocedure eindigt in een niet-ontvankelijkverklaring of de verwerping van het cassatieberoep.

Het is mij bekend dat enige tijd geleden door – wat toen nog heette – het ministerie van Justitie is overwogen om de door de Aanwijzing ontneming beoogde constructie van een wettelijke grondslag te voorzien. Tot een concreet wetsvoorstel heeft dit niet geleid. De redenen daarvoor ken ik niet. Ik meen echter dat, gegeven de hierboven afgedrukte uitspraak van de Hoge Raad, een derge-

lijke voorziening nog eens in overweging zou moeten worden genomen. Een alternatief is een aanpassing van de rentevergoedingsregeling van het openbaar ministerie, van de strekking dat geen rente wordt vergoed over gelden die de belichaming van het door de betrokkene wederrechtelijk verkregen voordeel vormen. Een belangrijk nadeel van die optie is echter dat de beoordeling of van die belichaming sprake is, in handen van het openbaar ministerie – en niet van de rechter – komt te liggen. Wat dat betreft geniet een wetswijziging zoals zojuist aangeduid, de voorkeur.